

PER LA CORTE EUROPEA L'IMPOSSIBILITÀ DI ADOTTARE LA FIGLIA DELLA PROPRIA PARTNER OMOSESSUALE NON COSTITUISCE TRATTAMENTO DISCRIMINATORIO AI SENSI DELL'ART. 14 DELLA CONVENZIONE.

OSSERVAZIONI A MARGINE DI GAS & DUBOIS c. FRANCIA

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. La decisione della Corte europea. - 3. Sulla discriminazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali *pacstate* alla luce della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita e di adozione. - 4. Il superiore interesse della minore: una prospettiva non esaminata dalla Corte.

1. Il caso

Con la decisione resa il 15 marzo 2012 sul caso *Gas & Dubois c. Francia*¹, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che la normativa francese in tema di adozione e, in particolare, le disposizioni che disciplinano la c.d. *adoption simple* costituiscano una violazione del principio di non discriminazione, sancito a norma dell'art. 14 della Convenzione, letto in combinato disposto con l'articolo 8, a presidio del diritto alla vita privata e familiare.

All'origine della decisione, si colloca il ricorso presentato da una coppia di cittadine francesi dello stesso sesso, unite da un Patto Civile di Solidarietà², che lamentava l'impossibilità d'instaurare un legame di

¹ Caso Gas & Dubois c. Francia, [Quinta Sezione], n. 25951/2007, decisione del 15 marzo 2012.

² L'istituto del Patto Civile di Solidarietà (*pact civile de solidarit *)   stato introdotto con legge N. 99-944 del 15 novembre 1999. Pi  in particolare, la normativa contempla, accanto alla nozione di Patto civile di solidariet , anche la nozione di concubinato. Tale istituto   ad oggi collocato all'interno del Codice civile francese di cui costituisce un Titolo autonomo. L'art. 515-3   interamente dedicato alla nozione di Patto civile di solidariet  e dispone come di seguito: «Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarit  en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, dans le ressort duquel se trouve la résidence de l'une des parties. En cas d'empêchement grave, le greffier du tribunal d'instance se transporte au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour enregistrer le pacte civil de solidarité. A peine d'irrecevabilité, les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité produisent au greffier la convention passée entre elles. Le greffier enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité. Lorsque la convention de pacte civil de solidarité est passée par acte notarié, le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement du pacte et fait procéder aux formalités de publicité prévues à l'alinéa pr c dent. La convention par laquelle les partenaires modifient le pacte civil de solidarité est remise ou adressée au greffe du tribunal ou au notaire qui a reçu l'acte initial afin d'y être enregistrée. A l'étranger, l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux troisième et cinquième alinéas sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte». Per quanto attiene, invece, alla definizione di concubinato, essa   disciplinata a norma dell'art. 515-8 del Codice civile, che dispone: «Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe diff rent ou de même sexe, qui vivent en couple». Entrambe le disposizioni normative sono consultabili all'indirizzo web www.legifrance.gouv.fr. Per un'analisi della disciplina attualmente vigente in Francia, si veda anche B. DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2011, p. 353 e ss.

filiazione adottivo tra la prima ricorrente e la figlia biologica della seconda ricorrente, nata da tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo, a fronte del diniego opposto dalle autorità giurisdizionali francesi.

A titolo preliminare e ai fini di una più approfondita comprensione del caso, risulta opportuno prendere le mosse, seppur sinteticamente, dalle previsioni dettate dalla normativa francese in materia di adozione e di fecondazione medicalmente assistita.

Con riferimento alle tecniche di procreazione artificiale³, la normativa francese esclude, quanto ai requisiti soggettivi di accesso alle tecniche, le coppie omosessuali⁴, ma consente la fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, prevedendo contestualmente il riconoscimento giudiziario della paternità del nato da parte del coniuge o del concubino, che vi abbia preventivamente prestato il proprio consenso⁵.

Per quanto attiene, invece, alla disciplina in materia di adozione, l'ordinamento francese contempla due forme distinte di adozione: l'*adoption plénère* e l'*adoption simple*⁶. A venire in rilievo, con specifico riferimento al caso qui in commento, è la disciplina in tema di adozione semplice, quale forma di adozione che consente l'instaurazione di un legame di filiazione aggiuntivo, rispetto a quello intercorrente tra il minore e la propria famiglia d'origine, ma tale da determinare il trasferimento integrale dei diritti e dei doveri discendenti dalla patria potestà in capo all'adottante, come stabilisce l'art. 365 del codice civile⁷.

Proprio l'effetto prodotto dall'adozione semplice, ossia il trasferimento integrale dell'autorità parentale in capo all'adottante, era stato posto a fondamento degli argomenti a sostegno del rigetto della domanda da parte dalle autorità giurisdizionali francesi, in quanto ritenuto contrario al principio del superiore interesse del minore. A questo riguardo occorre, infatti, precisare che l'articolo 365 del codice civile, nel disciplinare la materia, prevede un'eccezione al trasferimento integrale della patria potestà in capo all'adottante, nel caso in cui l'adozione interessi il figlio del coniuge, derogando in tali ipotesi alla regola prima enunciata e consentendo, pertanto, un esercizio congiunto della patria potestà sul minore da parte di entrambi i coniugi⁸.

³ La disciplina attualmente vigente in Francia in materia di procreazione artificiale è dettata in primo luogo dalla legge n. 94-654 del 29 luglio 1994 concernente il dono e l'utilizzazione di elementi e prodotti del corpo umano, l'assistenza medica alla procreazione ed alla diagnostica prenatale. Loi n. 94-654 del 29 luglio 1994 «relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal», in *JO* del 30 luglio 1994, 11069. Per un approfondimento della normativa francese, si veda C. PICCOCCHI «La disciplina giuridica della procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento francese», in C. CASONATO e T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, 2006, p.107 e ss.

⁴ In modo analogo dispone l'art. 5 della legge italiana in materia di procreazione artificiale, l. n. 40/2004, quanto alla disciplina dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche, stabilendo che: «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Da questo punto di vista, la disciplina francese differisce da quella italiana prescrivendo un limite temporale di durata della convivenza (2 anni), affinché la coppia non coniugata possa fare ricorso a tecniche di procreazione artificiale. Con riferimento alla legge italiana, Critico riguardo all'assenza di un criterio di «durata della convivenza» è F. SANTUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 49.

⁵ Il riferimento è a quanto previsto a norma dell'art. 311-20 del codice civile francese, ai sensi del quale: «Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation. [...] Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement».

⁶ In particolare, le prescrizioni vigenti nell'ordinamento francese in materia di adozione sono dettate dal Codice civile e, in particolare, dal Titolo VIII, capi I,II,III, articoli da 343 a 370-5, nonché dal Codice dell'azione sociale e delle famiglie con riferimento al Libro 2, Titolo 2, capitolo 5, articoli da L225-1 a L 225-18.

⁷ Art. 365 Codice civile francese: «L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité. Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre. Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté». Testo reperibile all'indirizzo web: www.legifrance.gouv.fr.

⁸ Sul punto, occorre precisare che l'articolo 365 è stato fatto oggetto di un'interpretazione restrittiva da parte della *Court de Cassation* che, con la pronuncia del 20 febbraio 2007, n. 06-15.647 ha interpretato la nozione di 'conjoint' di cui alla lettera della

La formulazione «solo apparentemente neutrale»⁹ dell'articolo 365, che circostringe alla sola ipotesi di adozione del figlio del coniuge l'esercizio congiunto della patria potestà, e l'impossibilità di accedere al matrimonio da parte delle coppie composte da persone dello stesso sesso, si pongono dunque alla base delle doglianze della coppia ricorrente, che lamenta di essere vittima di una discriminazione diretta ed indiretta in ragione dell'orientamento sessuale e la violazione del proprio diritto alla vita privata e familiare.

La coppia ricorrente non lamenta, pertanto, il mancato accesso al matrimonio, ma le conseguenze pregiudizievoli tanto per la coppia, quanto per la minore, che discendono dall'applicazione della disciplina in materia di adozione semplice, che rende necessaria l'esistenza di un vincolo matrimoniale, affinché l'esercizio della patria potestà possa essere attribuito congiuntamente ad entrambi i genitori, biologico ed adottivo. Una disciplina che, in considerazione del divieto di accesso al matrimonio tra persone dello stesso sesso, si riverbererebbe negativamente discriminando le coppie omosessuali anche rispetto alle coppie eterosessuali non coniugate, potendo quest'ultime sottrarsi alla normativa considerata, unendosi in matrimonio¹⁰.

Infine, sempre ad avviso della coppia ricorrente, tale differenza di trattamento non perseguirebbe alcun fine legittimo, risolvendosi nel precludere alla minore la protezione giuridica di due genitori¹¹.

2. La decisione della Corte europea

Pur a fronte dell'indubbia complessità del caso, che chiama in causa non soltanto la normativa francese in materia di adozione, ma che intreccia altre importanti scelte legislative afferenti alla disciplina della procreazione artificiale e delle convivenze di fatto, eterosessuali ed omosessuali, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha optato per un approccio "minimale" alla questione sottoposta. Si è, pertanto, concentrata in modo pressochè esclusivo sul giudizio richiesto ai fini dell'art. 14 della Convenzione, quanto alla sussistenza di una disparità di trattamento ingiustificata ed irragionevole.

Da questo punto di vista, potrebbe anche anticiparsi come l'indagine condotta dalla Corte europea si arresti alla prima fase di questo giudizio poco soffermandosi, come sarà affrontato nel prosieguo della trattazione, sull'individuazione del fine legittimo perseguito e sulla ragionevolezza e proporzionalità della differenza di trattamento prodottasi¹².

Risolta in senso affermativo, in sede di giudizio di ricevibilità del ricorso¹³, la questione relativa all'applicabilità al caso di specie dell'art. 8¹⁴, letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, in ragione del

disposizione in esame quale sinonimo di coniuge. A commento di veda, M.G. STANZIONE, «Rapporti di filiazione e 'terzo genitore': le esperienze francese e italiana», in *Famiglia e diritto*, 2012, fasc. 2, p. 207.

⁹ Cfr. § 42.

¹⁰ Cfr. § 42.

¹¹ Cfr. § 46, «Or, selon les requérantes, cette différence de traitement ne poursuit aucun but légitime. En tout cas, l'intérêt de l'enfant commanderait de lui assurer la protection juridique de deux parents plutôt que d'un seul».

¹² Per un approfondimento delle varie fasi entro cui si snoda il procedimento richiesto ai fini della verifica della sussistenza di una violazione del principio di non discriminazione ex art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si veda JACOBS, WHITE, OBEY, *The european convention of human rights*, Oxford University Press, 2010, p. 546 e ss.

¹³ In particolare, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è costante nel negare che il diritto di adottare, in quanto tale, possa essere fatto discendere dalla Convenzione (si veda, sul punto, *Di Lazzaro c. Italia*, decisione della Commissione del 10 luglio 1997, no. 31924/96). Tuttavia, la Corte europea ha affermato applicabile l'art. 8 al caso di specie alla luce delle seguenti considerazioni: «The instant case concerns two people who have lived together since 1989 and entered into a civil partnership in 2002 which established contractual ties between them concerning the organisation of their life together (see "Relevant domestic law and practice" above). One of the partners is the biological mother of A., a child wished for by both partners and conceived by means of medically-assisted procreation using an anonymous donor. The applicants have raised A. since she was born and are jointly and actively involved in her upbringing, a fact acknowledged by the domestic courts. In these circumstances the Court considers that the relationship between the applicants and A. amounts to "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention. Furthermore, sexual orientation falls within the personal sphere protected by Article 8 of the Convention (see *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, §§ 23 and 28, ECHR 1999-IX; E.B., cited above, § 43; and *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, § 82, 2 March 2010). In view of the foregoing, the Court concludes that Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 is applicable in the present».

legame esistente tra la coppia ricorrente e la minore, qualificabile quale «vita familiare» ai sensi dell'art. 8, il ragionamento condotto dalla Corte europea si sofferma in modo particolare sulla comparabilità tra la situazione della coppia ricorrente, da un lato, e quella in cui versano coppie coniugate ed eterosessuali conviventi, dall'altro¹⁵.

A tale indagine, la Corte europea antepone due considerazioni preliminari. Innanzitutto, rimarca le differenze intercorrenti tra il caso in oggetto ed il suo precedente, *E.B. c. Francia*¹⁶, concernente la richiesta di adozione presentata da una donna *single* omosessuale e ritenuto dalla Corte europea non omogeneo al caso in commento per due ordini di ragioni. In primo luogo, il contesto ordinamentale francese che consente l'adozione da parte del *single*¹⁷ e, in secondo luogo, in ragione degli argomenti posti alla base del rifiuto opposto dalle autorità giurisdizionali interne alla domanda di adozione e motivato in via esclusiva dall'orientamento sessuale della richiedente¹⁸ e non, invece, dall'esigenza di tutelare il superiore interesse del minore, come nel caso di specie¹⁹.

In secondo luogo, la Corte di Strasburgo svolge alcune riflessioni per motivare l'inconferenza dei rilievi mossi dalla coppia ricorrente quanto alle conseguenze pregiudizievoli, in punto di tutela del superiore interesse della minore, derivanti dall'inapplicabilità della normativa francese in materia di procreazione artificiale. Sotto questo profilo, la Corte europea rileva non soltanto la ragionevolezza della normativa in ragione delle finalità terapeutiche perseguite²⁰ e, da questo punto di vista, la non comparabilità della

¹⁴ In particolare, la Corte di Strasburgo, pur non annoverando il diritto di adottare tra quelli garantiti dalla Convenzione, ne ha riconosciuto il fondamento tra i c.d. diritti addizionali, «ossia quei diritti non garantiti dalle disposizioni convenzionali ma connessi all'ambito applicativo delle stesse [...] che uno Stato contraente abbia volontariamente deciso di proteggere», così in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, pp. 363-364. Indica ed analizza alcune delle più recenti ed importanti pronunce in tema di adozione e di filiazione, B. RANDAZZO (a cura di), «Famiglia legittima, figli naturali, adozioni e rapporti di fatto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», Quaderno predisposto per la in occasione dell'XI Incontro trilaterale con i Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo, reperibile su www.cortecostituzionale.it.

¹⁵ Cfr. § 65 e § 69.

¹⁶ Caso *E.B. c. Francia*, [Grande Camera], n. 43546/2002, decisione del 22 gennaio 2008. A commento della decisione, si veda E. FALLETTI, «La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del *single* omosessuale», in *Famiglia e diritto*, 2008, fasc. 3, p. 224 e ss.; J. LONG, «I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 672 e ss. Sottolinea alcune criticità della decisione raggiunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, E. LAMARQUE, «Adozione da parte dei *single* omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?», in *Quaderni costituzionali*, 2008, fasc. 4, p. 906 e ss.

¹⁷ Il riferimento è all'art. 343-1, comma 1, ai sensi del quale è stabilito che l'adozione può essere richiesta da chiunque abbia compiuto i 28 anni d'età.

¹⁸ Cfr. § 61. Si osservi, peraltro, come anche nel caso *E.B. c. Francia*, la richiedente viveva in concubinato con la propria compagna, tanto che nella valutazione condotta dalle autorità giurisdizionali interne avevano avuto ingresso anche valutazioni ulteriori rispetto all'orientamento sessuale di *E.B.* e, in particolare: l'assenza di coinvolgimento della convivente nel progetto di adozione [Cfr. §72] e l'assenza nel nucleo futuro familiare adottivo di una figura paterna. Ciò a testimonianza della somiglianza del contesto familiare in cui il minore si sarebbe trovato a crescere, dal momento che, in entrambi i casi, si sarebbe trattato di una famiglia composta da persone dello stesso sesso, ugualmente pregiudizievole, qualora si sposi questa tesi, per lo sviluppo del minore.

¹⁹ Cfr. § 62. «La Cour constate que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que les requérantes se plaignent du refus d'adoption simple qui leur a été opposé concernant l'enfant A. A l'appui de leur décision, les juridictions nationales ont estimé que puisque l'adoption simple réalise un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante, elle n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant dès lors que la mère biologique entend continuer à élever cet enfant». In proposito, occorre però precisare che la diretta conseguenza sarà «la netta chiusura all'adozione da parte del convivente, etero od omosessuale [e che] in tal modo, si aggira con evidenza l'argomento della discriminazione in ragione in nome dell'interesse del minore», così M.G. STANZIONE, «Rapporti di filiazione e 'terzo genitore': le esperienze francese ed italiana», in *Famiglia e diritto*, 2012, fasc. 2, p. 208.

²⁰ A tale riguardo, può essere importante sottolineare come la normativa francese in materia di procreazione artificiale non ne circoscrive i requisiti oggettivi di accesso in via esclusiva a patologie quali sterilità ed infertilità, ma piuttosto vi annoveri anche quelle patologie che comportino un elevato rischio di trasmissione al nato di malattie genetiche, così ammettendo il ricorso alla c.d. diagnosi pre-impianto, viceversa vietata dalla normativa italiana, l. n. 40 del 2004. Infine, occorre sottolineare come proprio a quest'ultimo riguardo, si sia di recente pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha sanzionato l'irragionevolezza della disciplina italiana nella misura in cui vieta la diagnosi pre-impianto, ma poi consente il ricorso ad una procedura di interruzione volontaria della gravidanza, secondo le prescrizioni di cui alla l. n. 194 del 1978. Il testo integrale della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, Costa e

situazione in cui versa la coppia ricorrente rispetto a quella di coppie affette da problemi di sterilità ed infertilità, ma anche, in subordine, come tale normativa non sarebbe stata, in nessun caso, determinante ai fini dell'accoglimento della domanda di adozione semplice²¹.

Esauriti questi due profili, la Corte di Strasburgo compie la sua analisi prendendo le mosse dalla comparazione tra la situazione della coppia ricorrente, omosessuale e *pacata*, rispetto a quella di una coppia eterosessuale coniugata, al fine di verificare la sussistenza della differenza di trattamento lamentata e, in ipotesi affermativa, la finalità legittima della medesima.

In ragione delle conseguenze sociali, legali e personali, nonché del particolare *status* che il matrimonio conferisce, la Corte europea non ritiene equiparabile la situazione della coppia ricorrente con quella di una coppia coniugata²². La discrezionalità di cui gode il legislatore nazionale nell'assoggettare ad un regime giuridico differenziato le coppie coniugate rispetto alle coppie conviventi non è, infatti, limitata dall'art. 12 della Convenzione che, come ha affermato la Corte nel caso *Schalk & Kopf c. Austria*²³, non obbliga gli Stati Contraenti ad introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso; ciò che esime la Corte europea dalla valutazione in punto di comparabilità tra le due coppie, ricorrente ed eterosessuale coniugata, con riferimento specifico alla disciplina in materia di adozione.

Rientra, dunque, nella piena discrezionalità del legislatore nazionale²⁴ stabilire che la regola dell'integrale trasferimento della patria potestà in capo all'adottante (art. 365 cod. civ.), possa essere derogata limitatamente all'ipotesi di adozione del figlio del coniuge.

Con riferimento, invece, al raffronto tra la coppia ricorrente ed una coppia eterosessuale, *pacata* o convivente, la Corte europea ne accerta la piena sovrapposibilità, nella misura in cui anche una coppia eterosessuale convivente si sarebbe vista opporre quanto prescritto a norma dell'art. 365 del Codice civile,

Pavan c. Italia, no. 54270/2010 [Seconda Sezione] è reperibile sul sito www.echr.coe.int. La Corte europea ha, infatti, dichiarato che le previsioni della normativa italiana in tema di procreazione artificiale, che precludono l'accesso alla diagnosi pre-impianto costituiscano una violazione dell'art. 8 della Convenzione [«Force est de constater que le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un fœtus affecté par cette même pathologie (voir aussi le rapport de la Commission Européenne, paragraphe 27 ci-dessus). 65. Les conséquences d'un tel système sur le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants sont évidentes. Afin de protéger leur droit de mettre au monde un enfant qui ne soit pas affecté par la maladie dont ils sont porteurs sains, la seule possibilité dont ils bénéficient est celle d'entamer une grossesse par les voies naturelles et de procéder à des I.M.G. lorsqu'un examen prénatal devait montrer que le fœtus est malade. En l'occurrence, les requérants ont déjà procédé pour cette raison à une I.M.G. une fois, au courant du mois de février 2010. 66. Dans ce contexte, la Cour ne saurait négliger, d'une part, l'état d'angoisse de la requérante qui, dans l'impossibilité de procéder à un D.P.I., aurait comme seule perspective de maternité celle liée à la possibilité que l'enfant soit affecté par la maladie litigieuse et, d'autre part, la souffrance dérivant du choix douloureux de procéder, le cas échéant, à un avortement thérapeutique»], letto in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione.

²¹ Cfr. § 63. In proposito, occorre peraltro rilevare come l'applicabilità al caso in esame della previsione di cui all'art. 311-20, in tema di riconoscimento della paternità, avrebbe reso non necessaria la presentazione della domanda di adozione semplice da parte della ricorrente. Sul punto, si veda *infra*.

²² La Corte europea, pertanto, accoglie le osservazioni presentate dal Governo francese, costituitosi in giudizio. Si vedano, sul punto, § 49: «En effet, selon le Gouvernement, le mariage demeure une institution garantissant une stabilité du couple plus importante que d'autres types d'unions. De plus, en cas de dissolution du mariage, l'intervention du juge aux affaires familiales est automatique. Au contraire, le PACS présente une grande souplesse aussi bien pour le conclure que pour le défaire, et n'emporte aucune conséquence en matière familiale et aucun effet en matière de filiation. Compte tenu de ces éléments, le législateur a donc voulu limiter les possibilités d'adoption simple afin d'assurer à l'enfant un cadre pérenne, tant dans sa prise en charge que dans son éducation».

²³ *Schalk & Kopf c. Austria*, [Prima Sezione], no. 30141/04, sentenza del 24 giugno del 2010. Per un commento, si veda E. CRIVELLI, « Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali », in M. CARTABIA (a cura di), Dieci casi sui diritti in Europa, Mulino, 2011, p. 59 e ss. G. REPETTO, « Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione 'virtuosa' di un diritto », in www.associazionedeicostituzionalisti.it; C. RAGNI, « La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk & Kopf », in *Diritti umani diritto internazionale*, 2010, p. 639 e ss.

²⁴ In proposito, si precisa che l'art. 365 del codice civile francese era già stato oggetto di una questione di costituzionalità, sollevata dinanzi al *Conseil constitutionnel* che, con decisione del 6 ottobre 2010, aveva dichiarato legittima tale disposizione, in quanto espressione di una scelta del legislatore nazionale che, rientrando nella sua piena discrezionalità, non poteva essere sindacata in sede di controllo di costituzionalità.

con conseguente inesistenza nel caso di specie di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale delle ricorrenti²⁵.

Infine e richiamando nuovamente *Schalk & Kopf c. Austria*, la Corte europea esclude la configurabilità di una discriminazione indiretta in danno della coppia ricorrente, istituendo un collegamento apparentemente inscindibile tra la disciplina in materia di matrimonio e quella in tema di adozione, rimettendo così anche quest'ultima al libero apprezzamento del legislatore nazionale.

La Corte europea, pertanto, applicando in modo rigoroso i principi enunciati in *Schalk & Kopf c. Austria* e, in modo particolare, il principio in forza del quale rientra nel margine di apprezzamento del singolo Stato differenziare la disciplina a cui assoggettare le coppie coniugate rispetto a quelle conviventi, accordando alle prime una tutela privilegiata, ha concluso per la non violazione dell'art. 8, letto in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione.

3. Sulla discriminazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali *pacate* alla luce della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita e di adozione

A fronte delle argomentazioni impiegate dalla Corte europea, a sostegno dell'assenza di violazione dell'articolo 14, letto in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione, si rende necessario sviluppare due ulteriori profili, peraltro in rapporto di strumentalità l'uno rispetto all'altro, non affrontati in modo approfondito nella decisione in commento.

La Corte, da questo punto di vista, ha, infatti, centrato le proprie argomentazioni in via esclusiva sulla sua giurisprudenza in tema di matrimonio, senza ancorare la propria analisi ad alcuni suoi precedenti importanti in materia di adozione²⁶, che le avrebbero forse consentito di aprire ad un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco maggiormente aderente al caso concreto sottoposto.

Se dall'applicazione dei principi emersi in *Schalk & Kopf c. Austria* può discenderne una soluzione, quale quella sposata dalla Corte europea, che, di fatto, rimette al libero apprezzamento del singolo Stato ogni scelta in punto di trattamento differenziato tra coppie coniugate e coppie conviventi nei più diversi settori in cui il diritto alla vita familiare è destinato ad esplicarsi²⁷ (*in primis* in materia di adozione, ma anche di fecondazione medicalmente assistita), non del tutto corretta si rivela la valutazione della Corte europea quanto alla ritenuta omogeneità tra coppie conviventi, eterosessuali ed omosessuali²⁸. A quest'ultimo proposito, è importante ricordare che in *Schalk & Kopf c. Austria* la Corte europea ha, per la prima volta, riconosciuto alle coppie omosessuali la titolarità del diritto alla vita familiare, con ciò dando ingresso ai diritti delle unioni omosessuali nell'alveo delle garanzie convenzionali²⁹. Ciò che forse avrebbe dovuto suggerire

²⁵ Cfr. § 69.

²⁶ Il riferimento è a *E.B. c. Francia, Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, Emonet ed altri c. Svizzera*. Sui problemi di compatibilità tra le decisioni richiamate e la decisione in commento, sotto il profilo della tutela del superiore interesse della minore, si veda *infra* il paragrafo successivo.

²⁷ Cfr. *Schalk & Kopf c. Austria*, § 108: «The Court starts from its findings above, that States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples. Nevertheless the applicants appear to argue that if a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it is obliged to confer a status on them which – though carrying a different name – corresponds to marriage in each and every respect. The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition». A questo proposito, approfondisce in modo dettagliato le normative vigenti in alcuni ordinamenti europei ed extra-europei in tema di famiglia e di matrimonio, P. PASSAGLIA (a cura di) «Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei», reperibile su www.cortecostituzionale.it; G. SARACINA, «Le unioni civili in Europa: modelli a confronto», in *Dir. Famiglia*, 2011, fasc. 3, p. 1471 e ss. Analizza la situazione attualmente presente all'interno dell'ordinamento italiano, mettendone in risalto alcuni profili critici, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2008, p. 87 e ss.

²⁸ Cfr. § 69-70.

²⁹ G. REPETTO, «Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione 'virtuosa' di un diritto», in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Con riferimento all'ordinamento italiano, possono ricordarsi in questa sede due importanti pronunce. In primo luogo, la decisione resa dalla Corte costituzionale, n. 138/2010, con cui la Corte costituzionale ha affermato: «Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero

un esame più attento delle doglianze della coppia ricorrente anche rispetto all'articolo 8 della Convenzione, viceversa pressochè assente nell'analisi condotta dalla Corte europea³⁰.

Ciò che s'intende evidenziare, in questa sede, è come le soluzioni legislative accolte dall'ordinamento francese, quanto al trattamento differenziato a cui assoggettare le coppie conviventi rispetto alle coppie coniugate, seppur rientranti nel suo margine di apprezzamento³¹, abbiano determinato una discriminazione ulteriore tra coppie conviventi in ragione dell'orientamento sessuale, che si è a sua volta riverberata negativamente sull'interesse della minore³².

Il primo profilo da indagare attiene, dunque, all'inesistenza di una perfetta sovrapposibilità tra le condizioni in cui versano le due categorie di coppie considerate, ossia coppie conviventi eterosessuali ed omosessuali, legata al concorrente operare della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita e di quella in tema di adozione semplice. Da tale analisi, sarà possibile osservare come il trattamento differenziato, introdotto dal legislatore francese tra le due categorie di coppie, non persegua alcun fine legittimo, risolvendosi in una lesione del principio del superiore interesse del minore³³.

Con riferimento alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, il legislatore francese, come già osservato, ne ha limitato l'accesso alle sole coppie eterosessuali, coniugate o conviventi, in linea con le finalità terapeutiche, a cui la normativa francese ha scelta di subordinare il ricorso a tali tecniche.

Non s'intende, in questa sede, discutere tale soluzione, anche alla stregua di quanto affermato dalla Grande Camera sul caso *S.H. ed altri c. Austria*³⁴ in merito all'ampiezza del margine di apprezzamento di cui gode lo Stato in siffatta materia, quanto piuttosto rilevare gli effetti pregiudizievoli che si riverberano sul nato da tali tecniche, a seconda che alle stesse facciano ricorso coppie conviventi eterosessuali od omosessuali.

sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», così il punto 8 del *Considerato in diritto*. Ancora, più di recente, si è pronunciata la Corte di Cassazione che, con la decisione n. 4184 del 15 marzo 2012, ha riconosciuto in capo ai componenti della coppia omosessuale «quali titolari del diritto alla vita familiare e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali [il diritto di beneficiare] di un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata». Corte di Cassazione, sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giuda al diritto*, 2012, fasc. 14, p. 34. A commento della decisione, si veda I. MASSA PINTO, «Fiat matrimonio! L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a un (inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare 'una consolidata e ultramillenaria tradizione' (superando anche il giudicato costituzionale)?», in www.associazionecostituzionalisti.it; A. SCHUSTER, «Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio», in www.forumcostituzionale.it. Infine, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, «La posizione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia. A commento di Cassazione civile, 15 marzo 2012, sez. I, n. 4184», in corso di pubblicazione su www.associazionecostituzionalisti.it.

³⁰ Si veda, in proposito, il § 73 della decisione in esame, in cui la Corte si limita ad affermare che: «la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8».

³¹ In proposito, è interessante osservare come: «la disciplina in materia di adozione mostra la scelta di aprire alla coppia, ma non alla famiglia, allorchè si riserva l'adozione congiunta esclusivamente ai coniugi non separati sposati dal almeno due anni o che abbiano compiuto il ventottesimo anno d'età, escludendo sia i conviventi di fatto che i *pacés*. Quest'ultima previsione non va esente da critiche, soprattutto se si rivela la contraddizione con la disciplina dell'*adoption simple*, permessa al singolo non coniugato e con la normativa che consente la procreazione assistita anche a coloro i quali non siano coniugati né abbiano stipulato un patto di solidarietà», così M.G. STANZIONE, op. cit. p. 207.

³² A questo secondo profilo è interamente dedicato il paragrafo successivo.

³³ Nello stesso senso, si veda l'opinione dissenziente alla decisione in commento del giudice Villiger.

³⁴ *S.H. e altri c. Austria* [Grande Camera], no. 57813/00, decisione del 3 novembre 2011. Per un commento, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, «La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali A commento della sentenza della Grande Camera S.H. e altri v. Austria», in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 129 e ss. B. LIBERALI, «Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande camera resa contro l'Austria» in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 113 e ss.; L. BEDUSCHI, A. COLELLA, «La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita. Corte EDU, grande camera, sent. 3.11.2011, Pres. Costa, ric. n. 57813/00, S.H. c. Austria», reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

Un effetto pregiudizievole destinato ad accentuarsi qualora vi si affianchi contestualmente l'impossibilità, per la coppia convivente omosessuale, di avanzare richiesta di adozione semplice. E che la disciplina in materia di procreazione artificiale debba considerare in modo adeguato i differenti interessi coinvolti, inclusi quelli facenti capo al minore, nel rispetto degli obblighi che discendono dalla Convenzione, è un principio più volte enunciato dalla stessa Corte europea nelle sue più recenti pronunce³⁵.

Nella prospettiva che qui interessa risulta opportuno, innanzitutto, considerare le prescrizioni dettate dalla normativa francese in tema di riconoscimento della paternità del nato da tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo. L'articolo 311-20 del codice civile francese prevede, infatti, un meccanismo di riconoscimento giudiziario della paternità, da parte del coniuge o del convivente, che vi abbia prestato preventivamente il proprio consenso³⁶. La circostanza, che vede escluse le coppie omosessuali dal ricorso a tecniche di procreazione artificiale, preclude l'operatività di un simile meccanismo rendendo necessario, nella misura in cui la coppia intenda assicurare al minore la protezione giuridica di due figure genitoriali, la presentazione di apposita richiesta di adozione semplice.

Sbaglia, dunque, la Corte europea quando afferma che tale norma, peraltro scevra di riferimenti al sesso della coppia, non avrebbe svolto alcuna utilità ai fini dell'instaurazione del legame adottivo richiesto dalla coppia ricorrente³⁷. E' di tutta evidenza, infatti, che l'applicabilità dell'art. 311-20 alla fattispecie in esame avrebbe reso superflua la presentazione di apposita richiesta di adozione semplice³⁸.

Infine, che tale differenza di trattamento si riverberi negativamente sull'interesse della minore è chiarito dall'esempio richiamato dalla coppia ricorrente, volto a porre a raffronto la condizione in cui versano due

³⁵ Il riferimento è a quanto affermato dalla Corte europea, tanto in occasione del giudizio reso dalla prima Sezione [Prima Sezione, decisione del 1° aprile 2010], quanto dalla Grande camera sul caso *S.H. & altri c. Austria*, ad avviso della quale: «Notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be adequately taken into account», Cfr. § 100 della sentenza pronunciata dalla Grande camera. Ancora più esplicito è quanto affermato dalla Prima sezione (Cfr. § 74) «[...] the Court would emphasise that there is no obligation on a State to enact legislation of the kind and to allow artificial procreation. However, once the decision has been taken to allow artificial procreation and notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention». A commento della decisione della Prima sezione, si veda M. PACINI, «Procreazione assistita e non discriminazione nella CEDU», *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, fasc. 1, p. 39 e ss.; A. Diurni «La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea», in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, fasc. 6, p. 409 e ss.

³⁶ Si consenta, a tal proposito, il riferimento alle prescrizioni legislative dettate dalla legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita, l. n. 40 del 2004, in tema di riconoscimento della paternità del nato da tecniche di fecondazione medicalmente assistita, disciplinata a norma dell'art. 9 l. n. 40/2004. In particolare, la norma dispone al suo primo comma, che: «Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice». Si tratta di una norma, che profila un'automaticità dello *status* del nato, figlio legittimo o naturale, che è stato introdotto dal legislatore a protezione esclusiva di questo. Sulle problematiche interpretative sollevate dal primo comma dell'art. 9 l. n. 40/2004, con particolare riferimento all'equiparazione dello *status* del nato da tecniche di PMA di tipo omologo, di cui all'art. 8 della legge, oppure di tipo eterologo, in violazione dell'art. 4, comma 3, della medesima legge, si veda M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita, fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Biblioteca del diritto di famiglia, Ipsoa, 2004; F. BORRELLO, «La procreazione eterologa. Poche norme, molti interrogativi», in M. DOSSETTI, M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 115 e ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004.

³⁷ Cfr. § 63.

³⁸ Nello stesso senso, si veda R. WINTEMUTE, Written comments of FIDH, ICJ, ILGA-EUROPE, BAAF & NELFA, 11 Dicembre 2009. In particolare, l'A. richiama la decisione resa dalla Corte di Strasburgo sul caso *Karner c. Austria*, (no. 40016/1998, [Prima Sezione], decisione del 23/07/2003) ed afferma come: «The first form of discrimination is direct discrimination, based on sexual orientation, between unmarried male-female couples, who are allowed access to donor insemination, and to legal parenthood for the male partner of the genetic mother (if he consents to the insemination or recognises the child), and unmarried female-female couples, who are not. This direct discrimination is contrary to the principle adopted by the Court in *Karner v. Austria*. If the applicants had been treated in the same way as an unmarried male-female couple, their donor insemination would have taken place in France, there would have been no need to apply for a second-parent adoption, and their child would have had two legal parents».

minori, entrambi nati da tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ma rispettivamente all'interno di una coppia convivente eterosessuale, nel primo caso, e convivente omosessuale, nel secondo³⁹. Soltanto il primo potrà, infatti, beneficiare delle cure di due genitori, biologico e sociale, entrambi titolari di diritti e di doveri nei suoi confronti, senza dover rimarcare quanto la tutela del superiore interesse del minore richiederebbe che allo stesso venga assicurata la protezione giuridica di due genitori, anziché di uno soltanto⁴⁰.

La seconda prospettiva in cui l'assenza di omogeneità tra coppie conviventi, eterosessuali ed omosessuali, può essere colta è quella meno indagata dalla Corte europea, ossia quella della discriminazione indiretta⁴¹ con riferimento alle prescrizioni in tema di adozione semplice e, in modo particolare, a quanto dispone l'art. 365 del codice civile. Ad avviso della Corte europea, non sussisterebbe alcuna discriminazione indiretta in danno delle coppie omosessuali, dal momento che anche le coppie eterosessuali conviventi non avrebbero potuto beneficiare dell'esercizio congiunto della patria potestà, come invece le coppie coniugate, ed in quanto l'apertura al matrimonio omosessuale non è in alcun modo imposta dalla Convenzione⁴².

A questo proposito, possono formularsi due osservazioni distinte. La prima vuole sottolineare come la coppia ricorrente non lamenti il mancato accesso al matrimonio⁴³, ma piuttosto domandi l'esercizio congiunto

³⁹ Con riferimento all'esempio richiamato dalla coppia ricorrente, si osservi come tale disparità di trattamento

⁴⁰ Cfr. § 46. Con riferimento all'ordinamento italiano, può essere interessante rilevare come una delle principali obiezioni all'adozione da parte di una coppia composta da persone dello stesso sesso, come anche all'adozione da parte del *single*, discenda da una nozione di 'famiglia' di impronta tradizione, eterosessuale e fondata sul matrimonio, nonché da una «visione negativa, a tratti patologici, dell'omosessualità», così F. BILOTTA, «Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare», in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, p. 170. Sul dibattito che, ormai da lungo tempo, interessa la condizione giuridica delle coppie conviventi omosessuali e sulle questioni giuridiche sollevate, si veda M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genera. Matrimonio, omosessualità e costituzione*, Mimesis, Udine, 2010.

⁴¹ Con riferimento alla nozione di discriminazione indiretta, occorre precisare come l'art. 14 della Convenzione copra anche le c.d. discriminazioni indirette, come ha avuto modo di stabilire la Corte europea a partire dalla decisione resa il 13 novembre 2007 dalla Grande Camera sul caso *D.H. & altri c. Repubblica Ceca*, no. 57325/2000, decisione del 13 novembre 2007. Con tale pronuncia, la Corte ha affermato che: «The Court has established in its case-law that discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations [...]. However, Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct 'factual inequalities' between them; indeed in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of the Article [...]. The Court has also accepted that a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group [...], and that discrimination potentially contrary to the Convention may result from a de facto situation [...]. The Court has already accepted in previous cases that a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group [...]. In accordance with, for instance, Council Directives 97/80/EC and 2000/43/EC (see paragraphs 82-84 above) and the definition provided by ECRI [...], such a situation may amount to 'indirect discrimination', which does not necessarily require a discriminatory intent». A commento della decisione, si veda E. TRAMONTANA, «Discriminazione indiretta e nozione di eguaglianza: il caso D.H. e altri c. Repubblica Ceca», in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, fasc. 2, p. 416 e ss. Per un approfondimento, si veda anche in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, pp. 536-537. Gli A. specificano come «La censura di una discriminazione indiretta non presuppone l'esistenza di un trattamento discriminatorio in capo all'autorità statle. [...] Esso consiste nella presenza di un effetto pregiudizievole sproporzionato che la politica contestata solo in apparenza neutrale – produce *di fatto* sulla categoria protetta. Una politica apparentemente neutrale risulta, pertanto, indirettamente discriminatoria quando produce, concretamente, ripercussioni pregiudizievoli molto più importanti su persone riconducibili ad una categoria di persone tutelata dall'art. 14».

⁴² Cfr. § 70.

⁴³ Nello stesso senso, si veda l'opinione dissenziente del giudice Villiger. L'ordinamento francese, infatti, non apre alle coppie composte da persone dello stesso sesso la possibilità di accedere all'istituto matrimoniale, analogamente a quanto prescritto dall'ordinamento italiano. Più in particolare, per quanto attiene all'ordinamento italiano, può essere opportuno richiamare, in questa sede, l'importante decisione della Corte costituzionale, n. 138 del 2010 (Corte cost. n. 138 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1604 e ss.), con cui il Giudice costituzionale, pur riconoscendo alle unioni omosessuali il rango di formazione sociale rilevante ex art. 2 Cost. ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità rispetto all'art. 29 Cost.. A commento della decisione si vedano, tra gli altri, M. D'AMICO, «Una decisione ambigua», in *Notizie di politeia*, n. 100 del 2010, p. 85 e ss.; R. ROMBOLI, «Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio», in *Il foro italiano*, 2010, p. 1368 e ss.; I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, «Sul come per la Corte costituzionale 'le unioni omosessuali' non possono essere ritenute omogenee al

della patria potestà nell'interesse della figlia biologica della seconda ricorrente, così mantenendo salda la distinzione tra le due doglianze.

In secondo luogo, si ritiene di condividere la tesi avallata dalla coppia ricorrente relativamente alla discriminazione indiretta, che la norma giuridica è suscettibile di produrre in danno delle sole coppie conviventi omosessuali. Una coppia eterosessuale convivente ben potrebbe, infatti, aggirare la previsione normativa sposandosi e, da un diverso angolo prospettico, una coppia eterosessuale convivente che facesse ricorso a tecniche di donazione di gameti non si troverebbe ad aver alcun interesse ad avanzare richiesta di adozione semplice, in ragione del riconoscimento giudiziario di paternità operante, in tali ipotesi, a norma dell'art. 311-20 cod. civ.

La differenza di trattamento riscontrabile tra coppie conviventi, eterosessuali ed omosessuali, viene, al contrario interpretata dalla Corte europea quale mera espressione di una scelta legislativa in applicazione della dottrina del margine di apprezzamento⁴⁴ ed in accordo con i principi emersi nella giurisprudenza inaugurata da *Schalk & Kopf c. Austria*.

Un giudizio, però, che in conclusione difetta di quella più attenta indagine intorno alla ragionevolezza ed alla proporzionalità della differenza di trattamento così introdotta⁴⁵, che forse meglio avrebbe consentito alla Corte di Strasburgo di tenere debitamente in conto tutti gli interessi coinvolti, in primo luogo quelli facenti capo al superiore interesse della minore.

La decisione, infine, mostra con evidenza come quello sottoposto al giudizio della Corte europea rientri tra quei casi in cui il perno del dibattito, intorno all'applicabilità dell'art. 14 ed alla differenza di trattamento introdotta dal legislatore nazionale, più che la sua giustificazione interessa la legittimità delle scelte adottate dai singoli Stati contraenti⁴⁶, così intrecciandosi con la problematica relativa alla misura dello spazio discrezionale da riservare ai singoli Stati contraenti nel rispetto degli obblighi derivanti dalla Convenzione. Una problematica alla cui base, a sua volta, si colloca «la scelta in ordine alla prevalenza-preferenza da accordare di volta in volta ad interpretazioni uniformi, a garanzia di standard comuni minimi di tutela dei diritti fondamentali, ovvero ad interpretazioni più attente ai contesti (culturali, socio-economici) e agli ordinamenti dei singoli Stati contraenti»⁴⁷.

4. Il superiore interesse della minore: una prospettiva non esaminata dalla Corte

matrimonio», in *www.dircost.unito.it*; A. PUGIOTTO, «Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio», in *www.forumcostituzionale.it*. Sul dibattito che ha interessato il tema in epoca antecedente al pronunciamento del Giudice costituzionale, si veda R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La società naturale e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁴⁴ Per un approfondimento in merito al contenuto, ai presupposti ed alle ragioni all'origine della dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito del giudizio condotto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention of Human rights*, Oxford University Press, 2007; R. SAPIENZA, «Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 e ss; P. TANZARELLA, «Il margine di apprezzamento», in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino Prismi, Bologna, 2007; E. BENVENISTI, «Margin of appreciation, consensus, and universal standard», in *31 New York University Journal of International Law*, 1999, p. 843 e ss.

⁴⁵ Da questo punto di vista, occorre rilevare come gli Stati contraenti, sebbene godano di un certo margine di apprezzamento nello stabilire in quale misura una differenza di trattamento rispetto a situazioni analoghe possa essere introdotta (così, la Corte Edu sul caso *Sommerfeld c. Germania*, no. 31871/1996, [Grande Camera]), sono, però, tenuti a sottostare a quanto prescrive l'articolo 14 della Convenzione circa la necessaria sussistenza di una oggettiva e ragionevole giustificazione alla base della differenza di trattamento introdotta (così, tra gli altri, *Thlimmenos c. Grecia*, no. 34369/1997 [Grande Camera] decisione del 6 aprile 2000).

⁴⁶ JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 569. Gli Autori rilevano tutta la problematicità insita nell'applicazione dell'articolo 14 della Convenzione, in attesa della ratifica da parte di tutti gli Stati contraenti dell'articolo 12 del Protocollo. Prendendo le mosse da questa premessa, gli Autori rilevano come nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia ormai possibile operare una distinzione tra quei casi in cui la differenza di trattamento non potrà mai essere giustificata ed altri casi in cui la valutazione intorno al carattere discriminatorio o meno della differenza di trattamento riguarda, invece, la legittimità delle scelte dei singoli Stati contraenti.

⁴⁷ B. RANDAZZO, «Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale», in *www.associazionecostituzionalisti.it*.

Il secondo elemento di criticità della decisione risiede nella scelta della Corte europea di non includere la minore e gli interessi alla stessa facenti capo tra quelli meritevoli di bilanciamento. Tale scelta ha consentito alla Corte europea di astenersi da un esame del caso concreto dall'angolo prospettico della tutela del superiore interesse della minore e, allo stesso tempo, di esentarsi da un tentativo di raccordo con i principi emersi nella sua giurisprudenza in materia di adozione e filiazione.

Per quanto attiene al primo aspetto ed in accordo con l'opinione dissenziente, la Corte europea omette di considerare il trattamento discriminatorio che la minore subisce in ragione dell'orientamento sessuale dei componenti il suo nucleo familiare, operando una valutazione del caso che non ricomprende al suo interno la posizione della minore ed 'appiattendolo' la propria decisione in modo univoco sugli interessi della coppia di adulti⁴⁸. Non entra, dunque, nel giudizio della Corte europea la valutazione della condizione deteriore in cui versa la minore se nata all'interno di una coppia convivente dello stesso sesso rispetto al minore che cresca nell'ambito di una coppia convivente eterosessuale, che pure costituiva parte integrante delle motivazioni alla base delle doglianze di parte ricorrente.

Presupposto di tali rilievi è che il superiore interesse della minore⁴⁹ sia meglio tutelato allorché gli venga assicurata la protezione giuridica di due genitori, ancorché dello stesso sesso, tale da garantirgli un doppio supporto finanziario, nonché diritti successori e pensionistici da parte di entrambi i soggetti esercenti la patria potestà⁵⁰.

A questo riguardo, è però opportuno dare conto della delicatezza delle questioni sollevate e delle perplessità che ancora oggi circondano il tema dell'omogenitorialità⁵¹, ossia dell'espletamento del ruolo genitoriale da parte di un soggetto omosessuale, tanto che l'argomento del superiore interesse del minore è stato impiegato tanto a sostegno quanto per osteggiare l'adozione da parte del *single*⁵² o di coppie omosessuali⁵³.

⁴⁸ Cfr. l'opinione dissenziente del Giudice Villiger, in calce alla decisione in commento.

⁴⁹ Per un approfondimento sul significato del principio del superiore interesse del minore, si rinvia a M. DOGLIOTTI, «Che cose è il superiore interesse del minore?», in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 1093 e ss.

⁵⁰ Si veda, sul punto, R. WINTEMUTE, *Written comments of FIDH, ICJ, ILGA-EUROPE, BAAF & NELFA*, 11 Dicembre 2009.

Written Comments submitted on behalf of FIDH (Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme), ICJ (International Commission of Jurists), ILGA-Europe (the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), BAAF (British Association for Adoption and Fostering), and NELFA (Network of European LGBT Families Associations), Cfr. § 7.

⁵¹ Per quanto attiene al dibattito, che attualmente interessa il tema dell'omogenitorialità all'interno dell'ordinamento italiano, può essere utile richiamare le osservazioni svolte da L. TRAPPOLIN, «Quanto e come si parla oggi di omogenitorialità in Italia?», in C. CAVINA, D. DANNA, FrancoAngeli, Milano, 2009, p. 117 e ss.

⁵² Con riferimento all'ordinamento italiano, la l. n. 183 del 1984 non ammette l'adozione del minore da parte del *single*. Particolare attenzione sul tema è stata sollevata dal caso Di Lazzaro c. Italia, dichiarato irricevibile dalla Corte di Strasburgo [no. 31924/1996], in cui veniva richiesta l'adozione di un minore da parte di una donna *single*. La ricorrente s'era vista rigettare la propria domanda in primo grado, con accoglimento della medesima richiesta da parte della Corte d'Appello di Roma, pronunciatisi con decreto del 25 novembre 1994. A commento della decisione resa dalla Corte d'Appello di Roma, si veda G. LOLITO, «Adozione da parte del 'single': il caso Di Lazzaro», in *Il nuovo diritto*, 1995, fasc. 2-3, p. 129 3 ss. Successivamente alla pronuncia della Corte d'Appello di Roma, la Suprema Corte di Cassazione (Cass. sez. I civ. 21 luglio 1995, n. 7950) era intervenuta con sentenza con la quale veniva cassata la decisione emessa in secondo grado; a commento della decisione della Suprema Corte di Cassazione, si veda, A. GABRIELLI, «L'adozione del *single* tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma», in *Giurisprudenza italiana*, 1997, fasc. 5, p. 697 e ss. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'Appello di Roma (sezione minorenni) contro il decreto che aveva dichiarato inammissibile la domanda di adozione di un minore presentata da una persona singola, si è pronunciata con sentenza n. 183 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1642 e ss., con cui ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità. Più in particolare, la Corte d'appello di Roma sollevava «questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della convenzione europea in materia di adozioni di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con legge 22 maggio 1974, n. 357, nella parte in cui permette senza limiti l'adozione di un minore da un solo adottante' [...]. Ad avviso del giudice rimettente 'la menzionata disposizione dell'art. 6 della convenzione di Strasburgo non può ritenersi abrogata dalla successiva legge 4 maggio 1983, n. 184', che limita a casi particolari la possibilità di adozione del minore da parte di una singola persona, 'nè possono essere consentiti dubbi sulla sua applicazione immediata, atteso che il legislatore italiano ha completamente regolato il complesso sistema di adozione dei minori in stato di abbandono'. Ciò premesso, la norma denunciata, in quanto 'esclude ogni limite a che l'adozione avvenga anche da parte di un singolo adottante', è ritenuta contrastante con gli artt. 3, 29 e 30 Cost., a stregua dei quali

Tuttavia, sebbene sia pacifica l'inesistenza di un *consensus* a livello europeo in siffatta materia, che insieme al carattere etico-morale della questione avrebbe potuto utilmente essere impiegato dalla Corte di Strasburgo per rimettere ogni scelta al Parlamento nazionale, *better placed* rispetto ad un organo giurisdizionale sovranazionale⁵⁴, si affianca un quadro internazionale che sembra offrire supporto all'omogenitorialità⁵⁵ nel riconoscere la priorità del diritto del minore ad avere una famiglia, a nulla rilevando l'orientamento sessuale dei suoi componenti.

Nello stesso senso, si era pronunciata la Corte di Strasburgo, sul caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*⁵⁶, accogliendo il ricorso presentato da un padre privato della patria potestà nei confronti della figlia poiché omosessuale, riconoscendo l'applicabilità del principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale non soltanto ai rapporti tra coppie, bensì anche alle relazioni genitoriali intercorrenti tra adulto e minore⁵⁷.

Particolarmente incisivi su questo punto sono entrambi gli esempi⁵⁸, richiamati dalla coppia ricorrente, a dimostrazione degli effetti pregiudizievole e discriminatori nei confronti del minore, che si producono quale conseguenza della tutela privilegiata accordata alla "famiglia tradizionale" dall'ordinamento francese. Profili relativamente ai quali la Corte europea sceglie di non pronunciarsi, così confermando un'impostazione che pone alcuni problemi di compatibilità con i suoi precedenti in materia di filiazione e di adozione.

l'adozione legittimante, giusta il criterio dell'*imitatio naturae*, deve essere 'ispirata all'intento di dare una famiglia al minore che ne è privo, garantendogli tranquillità, benessere e sana educazione'. Questo criterio esige che, di regola, 'ad adottare sia una coppia di coniugi avente una comunanza continuativa di vita e adeguate capacità educative'. A commento della decisione della Corte costituzionale italiana, si veda M. DOGLIOTTI, «La Corte costituzionale esclude l'adozione da parte del singolo e dà consigli al futuro legislatore», in *Giur. cost.*, 1995, p. 2999 e ss. Con riferimento, invece, alle problematiche sollevate intorno all'adozione internazionale, si richiama l'ordinanza n. 85 del 2003, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato «la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 29-bis della legge 4 maggio 1983, n. 184 («Diritto del minore ad una famiglia»), come introdotto con legge 31 dicembre 1998, n. 476 («Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta all'Aja il 29 maggio 1983. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri») 'e delle norme collegate', sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 30 della Costituzione». La decisione è consultabile su *Giur. cost.*, 2003, p. 679 e ss.

⁵³ M. F. MOSCATI, «Genitorialità sociale e orientamento sessuale», in A. SCHUSTER (a cura di) *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, p. 77.

⁵⁴ In ciò risiederebbe la propria ragion d'essere la c.d. *deference* alle autorità giurisdizionali nazionali, conformemente ai principi di sussidiarietà e di democrazia, che informano i rapporti tra Corti nazionali e Corti sovranazionali e che presuppone, come osserva E. BENVENISTI in «Margin of appreciation, consensus, and universal standard», in 31 *New York University Journal of International Law*, 1999, p. 846, una particolare attenzione «to the wishes of each society to maintain its unique values and address its particular needs».

⁵⁵ In materia, si veda M. F. MOSCATI, «Genitorialità sociale e orientamento sessuale», in A. SCHUSTER (a cura di) *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, p. 77. A supporto della sua tesi, l'A. richiama le disposizioni della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (1989), con particolare riferimento agli articoli 3, 9, 10, 20 e 21. Sul punto, opportuno risulta riportare un passo della decisione resa dalla Corte di Strasburgo sul caso *Emonet ed altri c. Svizzera*, no. 39051/2003, [Prima Sezione], decisione del 13 dicembre 2007, in cui la Corte europea ha avuto modo di precisare quanto segue: «As regards, more specifically, the obligations under which Article 8 of the Convention places the Contracting States in respect of adoption, they must be interpreted in the light of the United Nations Convention on the Rights of the Child, of 20 November 1989, and the European Convention on the Adoption of Children, of 24 April 1967», Cfr. § 65.

⁵⁶ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, [Quarta Sezione], no. 33290/2996, decisione del 21 marzo 2000.

⁵⁷ J. LONG, «I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 672 e ss.

⁵⁸ Cfr. §§ 43 e 44. Il primo esempio riguarda due bambini, entrambi nati mediante tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ma rispettivamente nell'ambito di una coppia omosessuale, il primo, ed eterosessuale, il secondo. Solo il minore che cresca all'interno di un nucleo familiare composto da due genitori di sesso diverso, potrà vedersi assicurata la protezione giuridica di entrambi i genitori quale conseguenza della previsione di cui all'art. 311-20 del cod. civ. (vedi, *supra* par. 3). Il secondo esempio investe ancora una volta la posizione di due minori e richiama l'ipotesi del minore che rimanga orfano di uno dei due genitori biologici. Il genitore biologico del minore, sposandosi con un *partner* di sesso diverso, potrà avanzare domanda di adozione semplice, viceversa interdetta nell'ipotesi in cui il genitore biologico opti per un legame con un soggetto dello stesso sesso.

Sebbene la Corte di Strasburgo, sin dal caso *Frettè c. Francia*⁵⁹, abbia escluso che il diritto di adottare rientri nel novero dei diritti protetti dalla Convenzione, precisando che l'istituto dell'adozione mira ad assicurare al minore una famiglia e non il contrario⁶⁰, allo stesso tempo ha però enunciato il principio di carattere più generale in base al quale, in presenza di una pluralità di interessi tra di loro contrapposti, il superiore interesse del minore deve rappresentare «la chiave»⁶¹ per realizzarne un equo bilanciamento⁶².

Riconoscere una tutela privilegiata al superiore interesse del minore postulerebbe anche impedire che lo stesso possa patire dei pregiudizi, in ragione della condizione giuridica particolare accordata ai genitori, siano essi biologici o sociali, dalla legislazione nazionale⁶³.

Questo principio, affermato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Mazurek c. Francia*⁶⁴, ben avrebbe potuto trovare applicazione nel caso di specie dove è di tutta evidenza come la minore finisca con il subire le conseguenze pregiudizievoli di normative in materia di adozione, di procreazione artificiale e, più in generale, di famiglia sostanzialmente discriminatorie⁶⁵.

Proprio nella delicata opera di bilanciamento tra lo spazio riservato alla discrezionalità del singolo Stato in materia di famiglia, espressione delle istanze e delle tradizioni della società civile nazionale, ed i diritti della minore nel singolo caso concreto, risiede un profilo di indubbio interesse della decisione, al contempo foriero di spunti critici.

La Corte europea pare non applicare la tecnica del *distinguishing*, se non per rimarcare in modo discutibile le differenze rispetto al caso *E.B. c. Francia*, e non approfondisce le circostanze del caso concreto, ciò che le avrebbe consentito perlomeno di giustificare l'asserita assenza di violazione dei diritti convenzionali invocati dal punto di vista della minore. Insiste, invece, nel dare formale applicazione alla giurisprudenza inaugurata con *Schalk & Kopf c. Austria*, caso non sovrapponibile al presente per complessità e per qualità dei soggetti coinvolti⁶⁶, ma che consente alla Corte europea di non indagare le peculiarità del caso concreto.

Più in particolare, la Corte europea arresta il proprio esame alla situazione della coppia ed all'ampia discrezionalità statale in materia e, così facendo, sembra istituire un legame implicito tra la propria giurisprudenza in materia di famiglia e di matrimonio e quella in tema di filiazione, tanto da estendere alla seconda i portati della prima. In tale approccio, rinviene la propria giustificazione l'assenza di riferimenti al

⁵⁹ *Frettè c. Francia* [Terza Sezione] no. 36515/197, decisione del 26 febbraio 2002. A commento della decisione, si veda E. VARANO, «La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare», in *Famiglia*, 2003, fasc. 2, p. 537 e ss. Nello stesso senso, si veda anche *Di Lazzaro c. Italia*, no. 31924/96, decisione della Commissione del 10 luglio 1997; A. BULTRINI, A. SONAGLIONI (a cura di), «Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo», in *Il Corriere giuridico*, 2002, fasc. 11, p. 1511 e ss.

⁶⁰ *Ibidem*, § 42. «Adoption means 'providing a child with a family and not a family with a child' and the State must see to it that the person chosen to adopt are those who can offer the child the most suitable home in every respect».

⁶¹ JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 343.

⁶² JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 343.

⁶³ Si riportano in proposito le osservazioni del Giudice Villiger nella sua opinione dissenziente: «En effet, qu'y peuvent les enfants s'ils sont nés d'un parent membre d'un couple homosexuel et non hétérosexuel? Pourquoi l'enfant devrait-il pâtir de la situation des parents?».

⁶⁴ *Caso Mazurek c. Francia*, no. 34406/1997, [Terza Sezione], decisione del 1° febbraio 2000. Cfr. § 48-55, «In any event, an adulterine child cannot be blamed for circumstances for which he or she is not responsible. It is an inescapable finding that the applicant was penalised, on account of his status as an adulterine child, in the division of the assets of the estate».

⁶⁵ In questo senso, si esprime C. FATTA, a commento della decisione in esame in *www.duitbase.it*. L'A., in particolare, osserva che: «Per quanto la Corte abbia formalmente equiparato la vita familiare delle coppie omosessuali e di quelle eterosessuali, la possibilità di fondare un nucleo familiare è ancora intrappolata nelle maglie di legislazioni sostanzialmente discriminatorie. A tale dichiarazione di principio dovrebbe seguire un coraggioso passo avanti dei giudici di Strasburgo nella concreta implementazione di canoni di giudizio egualitari».

⁶⁶ Più in particolare, si vuole sottolineare come il caso *Schalk & Kopf c. Austria* coinvolgesse in via esclusiva la situazione della coppia ricorrente, ma non interessava in alcun modo la posizione di un terzo soggetto, quale la minore nel caso qui in commento. Inoltre, differenti risultavano le doglianze lamentate dalla coppia ricorrente, così come i diritti convenzionali la cui violazione veniva invocata.

principio del superiore interesse della minore, il quale cessa così di svolgere una funzione determinante ai fini del bilanciamento dei concreti interessi rilevanti nella fattispecie in esame.

Con riferimento, invece, ai rapporti con *E.B. c. Francia*, caso afferente la richiesta di adozione legittimante⁶⁷ presentata da una donna convivente con *partner* dello stesso sesso, se condivisibili sono le differenze riscontrate dalla Corte europea sul piano del raffronto tra i due casi concreti⁶⁸, non lo stesso può dirsi quanto alla laconicità della Corte europea in punto di inapplicabilità al caso di specie dei principi ivi affermati.

Nel caso *E.B. c. Francia*, infatti, la Corte di Strasburgo condanna la Francia per violazione del principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, a fronte della valutazione di inidoneità all'adozione opposta alla ricorrente, *single* ed omosessuale, dalle autorità giurisdizionali francesi.

Come osserva la Corte, la scelta del legislatore francese di consentire anche al *single* l'adozione⁶⁹ e l'assenza di riferimenti normativi alla diversità di sesso delle figure genitoriali⁷⁰, presuppongono l'apertura dell'istituto dell'adozione anche al *single* omosessuale e, contestualmente, l'abbandono del principio della necessaria compresenza delle figure materna e paterna a tutela del benessere del minore⁷¹. Proprio il secondo dei due principi richiamati avrebbe potuto trovare spazio nell'analisi del caso di specie insieme alla valorizzazione della pre-esistenza del legame affettivo intercorrente tra la minore e la prima ricorrente. Da tale angolo prospettico, inoltre, le differenze riscontrate tra le due fattispecie, consistenti nell'inesistenza, nel caso *E.B. c. Francia*, di un legame affettivo tra il minore e l'adottante⁷², viceversa sussistente nel caso in esame, avrebbero potuto utilmente essere impiegate dalla Corte di Strasburgo per motivare l'interferenza nella vita familiare del diniego di adozione semplice, con una soluzione analoga a quella adottata in *Salgueiro da Mouta c. Portogallo*.

L'approccio della Corte europea, nel caso di specie, al tema dell'omogenitorialità avrebbe forse dovuto risolversi, ai fini della valutazione del superiore interesse della minore, in un'indagine intorno alle concrete capacità genitoriali della coppia ricorrente, al fine di stabilire se effettivamente la minore sarebbe potuto incorrere in qualche pregiudizio⁷³. Una particolare valorizzazione del legame affettivo esistente tra l'adulto omosessuale e la minore, tale da porsi a fondamento di una violazione del diritto alla vita familiare, letto in combinato disposto con il principio di non discriminazione, si rinviene nella decisione della Corte europea sul caso *Salgueiro da Mouta c. Portogallo*. Con quella decisione la Corte europea ha, infatti, affermato il

⁶⁷ Per adozione legittimante si vuole intendere l'*adoption plènière*.

⁶⁸ Cfr. § 61-62.

⁶⁹ Si precisa, in proposito, che la legislazione francese consente al singolo tanto l'*adoption plénière* quanto l'*adoption simple*.

⁷⁰ *E.B. c. Francia*, Cfr. §94-95.

⁷¹ J. LONG, «I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 672 e ss. Nello stesso senso, si veda anche BORRILLO (a cura di), *Homosexualité et discrimination en droit privé. La documentation française*, 2007, p. 221.

⁷² Inoltre, può essere interessante rimarcare come una delle principali ragioni a sostegno del rigetto della domanda di adozione legittimante, presentata dalla ricorrente, da parte delle autorità giurisdizionali francesi (ritenuta non determinante da parte della Corte europea), nel caso *E.B. c. Francia*, risiedesse proprio nella presunta assenza di coinvolgimento e di interesse da parte della convivente della ricorrente nel procedimento di adozione. [così osserva, J. LONG, cit.]. Al contrario, nel caso in oggetto, il ricorso viene presentato da entrambe le componenti della coppia, così dimostrando la presenza di una volontà condivisa e intesa ad assumere le funzioni genitoriali nell'interesse della minore.

⁷³ La considerazione vuole mettere in evidenza le perplessità che interessano l'omogenitorialità e gli effetti pregiudizievoli che, ad avviso di alcuni e in assenza di dati certi forniti dalla comunità scientifica, si produrrebbero in capo al minore, che cresca e sia educato da persone omosessuali. Può anche ricordarsi, in questa sede, come una delle principali obiezioni alla domanda di adozione individuale relativa al caso *E.B. c. Francia* risiedesse proprio nella ritenuta assenza di supporto all'adozione da parte della convivente della ricorrente; obiezione non decisiva ai fini della decisione finale della Corte europea. Nel caso qui in commento è evidente come sussista la volontà da parte di entrambe le ricorrenti di prendere parte attivamente nella crescita e nell'educazione della minore, con la conseguenza che l'unica obiezione all'adozione da parte della convivente della madre biologica sarebbe da cogliere nei presunti effetti pregiudizievoli, per lo sviluppo psico-fisico della minore, che discenderebbero da un nucleo familiare omogenitoriale. Per un approfondimento critico in materia, si veda F. BILLOTTA, «Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare», in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, p. 189 e ss. Nello stesso senso, anche J. LONG, cit., p. 278.

principio della prevalenza degli interessi facenti capo al minore rispetto all'inesistenza di un *consensus* a livello europeo⁷⁴. Vero è che il caso di specie si complica nella misura in cui coinvolge non soltanto l'adulto e la propria figlia biologica, bensì la coppia omosessuale e la figlia biologica di una delle componenti la coppia, ma non si ritiene tale elemento di fatto decisivo ai fini dell'inapplicabilità dei portati di quella giurisprudenza.

Una maggiore attenzione alle peculiarità del caso concreto, che mostra con tutta evidenza come il legame tra la prima ricorrente e la minore sia ormai consolidato da anni, avrebbe forse consentito alla Corte di Strasburgo di ovviare agli effetti discriminatori e lesivi del diritto alla vita familiare della minore e delle ricorrenti, prodotti da un sistema normativo, che reagisce sulla base delle rigide previsioni di una sola norma⁷⁵, l'articolo 365 del codice civile.

Proprio quest'ultimo rilievo consente di svolgere alcune osservazioni conclusive circa i rapporti tra la decisione in commento e la pronuncia resa dalla Corte di Strasburgo sul caso *Emonet ed altri c. Svizzera*.

Con quella decisione, la Corte di Strasburgo ha stabilito che le prescrizioni del Codice civile svizzero in materia di adozione, che, analogamente a quanto previsto dalla disciplina francese, non consentivano l'esercizio congiunto della patria potestà in ipotesi di adozione da parte del singolo del figlio del proprio *partner*⁷⁶, costituivano una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti. La violazione del diritto al rispetto per la vita privata e familiare, rilevava altresì la Corte, presuppone necessariamente una soluzione che tenga adeguatamente in conto tanto la realtà biologica quanto quella sociale, al fine di ovviare alla cieca e meccanica applicazione di una singola norma. Tanto che, proseguiva la Corte, «failure to take such considerations into account flew in the face of the wishes of the persons concerned, without actually benefiting anybody»⁷⁷.

La decisione resa sul caso *Emonet ed altri c. Svizzera*, pertanto, riveste un'indubbia importanza, in primo luogo, in ragione della soluzione opposta a cui perviene la Corte europea rispetto al caso in esame e, dunque, nel senso della violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

Inoltre, nel sindacare la tecnica legislativa⁷⁸ del legislatore svizzero, la Corte europea si pronuncia, sanzionandola, sull'irragionevolezza che spesso si accompagna a prescrizioni normative eccessivamente rigide e prive di coerenza interna rispetto alle finalità perseguite⁷⁹.

⁷⁴ Così, R. WINTEMUTE, *Written comments of FIDH, ICJ, ILGA-EUROPE, BAAF & NELFA*, 11 Dicembre 2009. Nello stesso senso, si veda anche l'opinione dissenziente del Giudice Villiger, laddove afferma: «En effet, la position de la société ne devrait même pas représenter le principal point de vue (et encore moins le seul, comme dans le présent arrêt). La situation de l'enfant ne devrait-elle pas être tout aussi importante ? Justifier la discrimination vis-à-vis des enfants en soulignant que le mariage confère un statut particulier aux adultes qui s'y engagent est à mon avis insuffisant dans cet exercice de mise en balance».

⁷⁵ Cfr. l'opinione dissenziente del giudice Villiger. Il riferimento è alle previsioni di cui all'art. 365 del codice civile francese.

⁷⁶ Più in particolare, rilevavano, nel caso sottoposto al vaglio della Corte di Strasburgo, le prescrizioni di cui agli articoli 264, a) – b), 266, b) e 267 del Codice civile svizzero.

⁷⁷ *Emonet ed altri c. Svizzera*, Cfr. § 86.

⁷⁸ Nello stesso senso, si veda quanto affermato dalla Corte europea rispettivamente nei casi *Zaunegger c. Germania*, [Quinta Sezione], no 22028/04, decisione del 3 dicembre 2009 e *Anayo c. Germania*, [Quinta Sezione], no 20578/07, decisione del 21 dicembre 2010.

⁷⁹ A questo proposito e con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, può essere interessante richiamare, a titolo di esempio, la decisione resa dalla Corte costituzionale italiana, n. 151/2009 (Corte cost. sent. n. 151 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 e ss.), in tema di procreazione medicalmente assistita. In quell'occasione il Giudice costituzionale si era pronunciato nel senso dell'incostituzionalità dell'articolo 14, commi 2, della l. n. 40 del 2004 «limitatamente alle parole 'ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre'» e del comma 3 «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Con riferimento alla declaratoria d'incostituzionalità del comma 2, ciò che in questa sede interessa rilevare è come questa decisione costituisca un esempio di quanto una norma giuridica che imponga un identico trattamento a situazioni diverse possa essere sindacata sotto il profilo della sua ragionevolezza e coerenza rispetto alle finalità perseguite. A commento della decisione, si veda, tra gli altri, M. D'AMICO, «La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi», in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, FrancoAngeli, 2010, p. 216 e ss.; M. MANETTI «Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata», in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688; G. FERRANDO, «Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale», in *Studi e Opinioni*, 2009, p. 527 e ss.; L. TRUCCO, «Procreazione assistita: la Consulta, questa volta,

Un principio, quello da ultimo enunciato, che ben avrebbe potuto trovare applicazione anche nel caso qui in esame, dove è di tutta evidenza come le prescrizioni normative in tema di adozione presentino alcuni profili di irragionevolezza, soprattutto se poste in relazione con il perseguimento del principio del superiore interesse del minore.

La soluzione accolta dalla Corte europea sul caso in commento si dimostra, in definitiva, insoddisfacente, senza offrire risposte adeguate alle doglianze della coppia ricorrente, lacunosa quanto all'analisi del caso concreto e di difficile raccordo con la giurisprudenza in materia di adozione e filiazione.

decide (almeno in parte) di decidere», in *Giur. it.*, 2010, p. 287 e ss.; E. DOLCINI, «Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004», in *Riv. it. dir. pen.*, 2009, p. 951 e ss.